



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY  
ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE  
LA LIBERTAD SEXUAL: LA REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES Y SUS  
CONSECUENCIAS**

Autor: Inés Velo de Antelo Manso

5º E-3 Analytics

Derecho penal

Tutor: Julián Ríos Martín

Madrid

Abril 2024

## **Abreviaturas**

CP: Código Penal

Art.: Artículo

LO: Ley Orgánica

TFG: Trabajo de Fin de Grado

CE: Constitución Española

TS: Tribunal Supremo

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

**Resumen:** La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, fue el resultado de una serie de sentencias socialmente controvertidas sobre casos de delitos contra la libertad sexual. Esta ley trajo consigo una serie de modificaciones en el Título VII del Código Penal, de los delitos contra la libertad sexual, respecto a la normativa anterior que afectaban tanto a los tipos penales existentes como a las penas. De esta manera, dejó de existir el antiguo tipo de abuso sexual, que quedó subsumido por el delito de agresión sexual y se modificaron los rangos penológicos en máximos. Esta ley aplicada de manera retroactiva provocó numerosas excarcelaciones y reducciones de pena de reos condenados por delitos contra la libertad sexual. El Tribunal Supremo escogió una serie de casos para fijar criterios sobre la retroactividad de esta ley y cómo debería ser aplicada en cada situación. Los efectos de la aplicación retroactiva de esta ley generaron una gran polémica entre la sociedad española que derivó en la aprobación de la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para corregir los defectos penológicos de la normativa anterior.

**Palabras clave:** Tribunal Supremo, agresión sexual, delitos contra la libertad sexual, retroactividad, Ley Orgánica 10/2022

**Abstract:** The Organic Law 10/2022, dated September 6, 2022, resulted from a series of socially controversial judgments related to cases of sexual freedom crimes. This law introduced several modifications to Title VII of the Criminal Code, concerning sexual freedom offenses. These changes impacted both existing criminal types and penalties, compared to the previous regulations. As a result, the old category of sexual abuse ceased to exist, being subsumed by the offense of sexual assault, and the penal ranges were expanded, both in minimum and maximum terms. The retroactive application of this law led to numerous parole releases and reductions in sentences for inmates convicted of sexual freedom crimes. The Supreme Court selected specific cases to establish criteria regarding the retroactivity of this law and how it should be applied in each situation. The effects of the retroactive application of this law lead to a significant controversy within Spanish society, eventually resulting in the approval of Organic Law 4/2023, dated April 27, 2023, which aimed to correct the penological defects of the previous regulation.

**Key words:** Supreme Court, sexual assault, crimes against sexual freedom, retroactivity, Organic Law 10/2022

## ÍNDICE

<b>OBJETO DE ESTUDIO</b> .....	6
<b>JUSTIFICACIÓN</b> .....	6
<b>MÉTODO DE TRABAJO</b> .....	6
<b>CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN</b> .....	6
<b>CAPÍTULO 2. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL: CONCEPTO Y FUNDAMENTOS</b> .....	8
<b>CAPÍTULO 3. MODIFICACIONES LEGALES</b> .....	9
1. Tramo previo a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre .....	12
2. Tramo posterior a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre,.....	13
3. Tramo posterior a la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril .....	16
4. Resumen de los distintos tramos .....	17
<b>CAPÍTULO 4. RETROACTIVIDAD Y CONTROVERSIA</b> .....	19
1. CONTEXTO SOCIAL .....	19
1. LA RETROACTIVIDAD: CONCEPTO Y FUNDAMENTO .....	21
2.1. Concepto .....	21
2.2. Fundamentos.....	24
2. RETROACTIVIDAD DE LA LEY 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE .....	25
3. DISPOSICIONES TRANSITORIAS O SU AUSENCIA.....	27
<b>CAPÍTULO 5. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO</b> .....	29
1. INTRODUCCIÓN .....	29
2. DETERMINACIÓN DE LA LEY MÁS FAVORABLE.....	30
3. SUPUESTOS .....	30
3.1. Supuesto A. Casos en los que se impuso la pena mínima de prisión bajo la ley anterior (STS 523/2023). .....	31
3.2. Supuesto B. El tribunal de instancia impuso una pena concreta teniendo en cuenta un determinado agravante que, con la nueva legislación, ha sido incluido dentro de un subtipo penal como parte de este (STS 529/2023). .....	33
<b>CAPÍTULO 6. CONCLUSIONES</b> .....	34
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	37

## **OBJETO DE ESTUDIO**

El objeto de estudio o finalidad última de este TFG es el análisis de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, así como las consecuencias prácticas de su entrada en vigor, relacionadas con la retroactividad, y sus diferencias con respecto a la legislación anterior.

## **JUSTIFICACIÓN**

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, ha generado una gran controversia social entre la sociedad española. La razón de este malestar social ha sido el gran número de rebajas penológicas que la aplicación de esta ley con efectos retroactivos ha causado.

Dado el gran interés social que ha tenido y continúa teniendo esta ley, este trabajo pretende investigar sobre esta cuestión, unificando en un único documento explicativo la legislación, doctrina y jurisprudencia al respecto, desarrollando e hilando todos ellos.

## **MÉTODO DE TRABAJO**

El método de trabajo empleado para desarrollar este trabajo de investigación ha sido el análisis del título VIII, de los delitos contra la libertad sexual, previo y posterior a la modificación introducida por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, así como el examen de todas las sentencias jurisprudenciales más determinantes y elementos doctrinales al respecto.

## **CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN**

El Código Penal español ha sido objeto de reformas en numerosas ocasiones. En lo que respecta a su título VIII, de los delitos contra la libertad sexual, ha sufrido dos modificaciones en los últimos años que han sido notables y, sin duda, muy controvertidas.

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, modificó el título VIII del Código Penal, de los delitos contra la libertad sexual. Esta ley, conocida popularmente como la ley del ‘solo sí es sí’ fue la reacción a una serie de sentencias de violaciones grupales y, aunque fue anunciada por el gobierno socialista en coalición con Podemos como una ley de vanguardia, ha terminado siendo una de las

más controvertidas de los últimos tiempos por las consecuencias prácticas negativas que ha tenido su aplicación retroactiva sobre sentencias ya dictadas.

Los cambios más relevantes en lo que respecta a este trabajo son, por un lado, la unificación de dos tipos penales, el abuso sexual del anterior artículo 178 y la agresión sexual del anterior artículo 179, en un único tipo, el abuso sexual; y, por otro lado, la ampliación de los rangos penales.

La diferencia entre los anteriores tipos penales de abuso y agresión sexual era el uso de violencia o intimidación como medio comisivo. En el caso de que hubiera mediado violencia o intimidación en un delito contra la libertad sexual, se consideraba una agresión sexual; en el caso de que estos modos no hubieran estado presentes, era considerado como abuso sexual. La agresión, como es lógico, estaba penada con penas mayores que el abuso. Teniendo esto en cuenta, el objetivo principal de las dos modificaciones comentadas en el apartado anterior era evitar que delitos contra la libertad sexual en los que era difícil apreciar violencia o intimidación, pero en los que se veía que había habido un claro elemento intimidatorio ambiental, fueran condenadas como abuso sexual y no como agresión.

Con esta ley, cualquier conducta contra la libertad sexual, incluyendo las cometidas haciendo uso de violencia o intimidación, eran penadas de la misma forma, de tal manera, que el autor de un delito contra la libertad sexual en el que había mediado violencia o intimidación, recibía la misma pena que el autor de un delito contra la libertad sexual que no había empleado estas. Así, conductas que atentaban contra la libertad sexual de manifiestamente mayor entidad que otras, quedaron penadas de igual manera que estas.

El problema vino con la aplicación retroactiva de esta ley por los tribunales a numerosos casos de delitos contra la libertad sexual, por beneficiar más al reo a efectos penológicos que la ley bajo la que se dictó. Esta ley no regulaba en concreto la cuestión de la retroactividad, sino que dejaba operar de forma general al artículo 2.2 del Código Penal. Esto dio lugar a una serie rebajas de condenas en numerosas sentencias ya dictadas, lo que trajo consigo una gran jurisprudencia y doctrina al respecto. El resultado social fue una ola de fuertes reacciones en contra de esta ley en toda España. La polémica terminó culminando en la entrada en vigor de una nueva ley, la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril. Esta ley, si bien no retornaba al modelo anterior de dos tipos penales diferenciados,

corregía de alguna manera o adecuaba los marcos punitivos, de forma que fueran el reflejo de la distinta gravedad de distintas conductas.

Sin embargo, esta reforma solo puede ser a futuro. La ley del ‘solo sí es sí’ ya había afectado a todas aquellas sentencias ya dictadas, incluyendo también a las firmes, a las que su aplicación a efectos de pena beneficiara al reo, es decir, disminuyó la condena de muchos reos por delitos contra la libertad sexual, provocando incluso excarcelaciones en muchos casos. De hecho, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) ha actualizado la cifra de beneficiados por esta ley y ha elevado a 1.233 las reducciones de pena y a 126 las excarcelaciones.

Hasta llegar a este resultado, surgió una profusa jurisprudencia al respecto, la cual el Tribunal Supremo no dudó en alimentar. De esta forma, se pronunció sobre la aplicación retroactiva de la ley y sentó finalmente las bases para conocer cuándo o si se podía rebajar la pena en estos casos y cuál era la forma correcta.

## **CAPÍTULO 2. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL: CONCEPTO Y FUNDAMENTOS**

Los delitos contra la libertad sexual se encuentran regulados en el Título VIII del Libro II del Código Penal, de los ‘delitos contra la libertad sexual’, que se corresponden con los artículos 178 a 194 bis. Previamente a la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, este título tomaba el nombre de ‘delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales’.

Tradicionalmente estos delitos eran calificados como delitos contra la honestidad y, en concreto, contra la honestidad de la mujer<sup>1</sup>. Con la reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989, se cambia la denominación de estos delitos y es, finalmente, el Código Penal de 1995, el que cambia legalmente el bien jurídico protegido<sup>2</sup>. Así, tal y como su Exposición de Motivos enuncia, el bien jurídico que se protege “*no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos*”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Si se quiere ampliar contenido sobre el cambio en el bien jurídico protegido, Vid. [05-delitos-contra-libertad-sexual.pdf \(ehu.eus\)](#)

<sup>2</sup> Goenaga Olaizola, R. (1997). Delitos contra la libertad sexual. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, 1(2), 45-62. Recuperado de [05-delitos-contra-libertad-sexual.pdf \(ehu.eus\)](#)

<sup>3</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995. Exposición de motivos.



El bien jurídico protegido actualmente en los delitos contra la libertad sexual es tanto la propia libertad sexual como la indemnidad sexual. Estos dos bienes jurídicos varían en función del sujeto pasivo: la libertad sexual se refiere al derecho que tienen las personas mayores de dieciséis años a ejercer su sexualidad cuándo, dónde y con quién quiere, mientras que la indemnidad sexual se refiere más bien al derecho de los menores e incapacitados al libre y correcto desarrollo de su sexualidad. Al final, el contenido esencial de estos bienes son las facultades de autodeterminación sexual actual o potencial<sup>4</sup>. Esto significa, respecto a las personas mayores de edad lo que se pretende es castigar los obstáculos a la libre opción sexual y, en lo relativo a los menores, preservar las condiciones básicas y necesarias para que posteriormente puedan desarrollar libremente su personalidad en el ámbito de lo sexual<sup>5</sup>.

Es importante remarcar que el legislador sitúa la barrera para diferenciar el bien jurídico a proteger en los dieciséis años y no en la mayoría de edad o dieciocho años. Anteriormente, se consideraba que el titular de la libertad sexual era aquella persona mayor de trece años. Sin embargo, la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal subió este límite de edad del sujeto pasivo a los dieciséis años. De este modo, a partir de los dieciséis años se pueden consentir relaciones sexuales y por lo tanto, habrá libertad sexual; con menos de dieciséis años no habrá consentimiento posible y, por tanto, se protegerá la indemnidad sexual. Si bien, entre los dieciséis y los dieciocho años de edad hay ciertas peculiaridades respecto al consentimiento.

Las diferentes maneras de atentar contra estos bienes jurídicos llevarán a los distintos delitos recogidos en el Título VIII del Código Penal. Estos delitos son los siguientes: las agresiones sexuales, las agresiones sexuales a menores de dieciséis años, el acoso sexual, grooming o ciberacoso sexual de menores, el exhibicionismo y la provocación sexual, la prostitución, la explotación sexual y corrupción de menores.

### **CAPÍTULO 3. MODIFICACIONES LEGALES**

---

<sup>4</sup> Goenaga Olaizola, Op. Cit.

<sup>5</sup> Morales Prats, García Alberó. (1996). Comentarios al Código Penal. Ed. Aranzadi, 872.

Las leyes por las que se han llevado a cabo las dos últimas reformas legislativas del Código Penal son, por un lado, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual y, por otro lado, la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores<sup>6</sup>.

Este trabajo se centra principalmente en la reforma introducida por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre y estudia la siguiente reforma en la medida en la que fue consecuencia de esta primera.

Estas dos modificaciones dan lugar a tres tramos a estudiar. En primer lugar, el tramo previo a la reforma ejecutada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. En segundo lugar, el tramo que se encuentra entre esta ley y la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril. Y, por último, el tramo posterior a la reforma llevada a cabo por esta ley.

A efectos de entender el razonamiento seguido en el siguiente apartado, conviene leer detenidamente estos artículos en global, previos y posteriores a las modificaciones mencionadas anteriormente. Luego, se desglosarán cada uno de ellos y se explicarán sus diferencias y similitudes.

Artículo 178 y 181 previos a la modificación introducida por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre:

*“Artículo 178.*

*El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años.”*

*“Artículo 181.*

*1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona,*

---

<sup>6</sup> Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 101, de 28 de abril de 2024.

*será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.”*

Artículo 178 posterior a la modificación introducida por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre o previo a la modificación introducida por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril.

*“Artículo 178.*

- 1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.*
- 2. A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.*
- 3. El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.”*

Artículo 178 posterior a la modificación introducida por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril:

*“Artículo 178.*

- 1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que,*

*en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.*

- 2. Se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.*
- 3. Si la agresión se hubiera cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, su responsable será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión.*
- 4. El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no medie violencia o intimidación o que la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad o no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.”*

### **1. Tramo previo a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre**

Previamente a la Ley Orgánica 10/2022, el Código Penal dividía en dos tipos penales principales los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (Título VIII), cada uno de ellos asociado a un capítulo dentro del Título VIII. Por un lado, la agresión sexual se definía como el atentado contra la libertad sexual **con** violencia o intimidación; cuando el atentado se producía sin violencia o intimidación, entonces era calificado como abuso sexual (ahora derogado). Esta diferenciación en dos tipos penales también lleva asociada una diferenciación penológica, de tal forma que la agresión sexual llevaba asociada una pena mayor que el abuso. Los artículos 178 y 181 del Código Penal rezaban entonces lo siguiente:

*“Artículo 178. El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años.”*

*“Artículo 181.1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de*

*otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.”*

Así, este modelo establece como delictiva cualquier conducta que implicare la realización de actos sexual no consentidos, pero -y en lo que se diferencia con la posterior reforma- ve como necesario sancionar más gravemente en las situaciones en las que la ausencia de consentimiento válido eran consecuencia del empleo de violencia o intimidación. Es decir, este modelo tiene en cuenta el método empleado a la hora de cometer el delito en sus tipos básicos.

## **2. Tramo posterior a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre,**

Posteriormente, la reforma introducida por la Ley Orgánica 10/2022 afectó al Título VIII del Código Penal. Tras ella, el delito de agresión sexual subsumió al delito de abuso sexual, dejando de existir este último. Es decir, los anteriores tipos penales de abuso y agresión sexual quedaron unificados en un solo tipo, el de agresión sexual. De esta forma, ya no se diferenciaba cuando el atentado contra la libertad sexual se producía con violencia o intimidación o sin ellas, ya que ambas pasaron a encuadrarse dentro de un mismo tipo penal: la agresión sexual. La violencia y la intimidación dejaron de formar parte del tipo penal básico, consecuencia de que el legislador dejara de tener en cuenta los medios comisivos del delito a la hora de configurar los tipos penales.

Así, en esta modificación intermedia, que es la que a efectos de este trabajo es de interés, no se establecía ningún tipo agravado para el caso en el que se produjera un delito contra la libertad o indemnidad sexual en que se ejerciera violencia o intimidación, ya que estos formaban parte del tipo penal básico; el Código Penal solo se limitaba a decir que *“se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación”*. De esta manera, el artículo 178 CP tras la reforma de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre<sup>7</sup>, quedó de la siguiente forma:

*“1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado*

---

<sup>7</sup> Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 215, de 7 de septiembre de 2022.

*libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.*

2. *A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.*

3. *El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.”*

Esta reforma, en palabras del Tribunal Supremo, “*no se trata de una, insustancial, meramente simbólica, alteración nominal*”, sino que constituye un cambio de paradigma.<sup>8</sup> El legislador decidió suprimir los medios comisivos, como la violencia o intimidación, del tipo penal básico y situar el consentimiento -o más bien su falta- de la víctima, como elemento central. Hasta entonces, el Código Penal, aunque se refería al consentimiento sexual en varios de sus artículos, no proponía una definición de qué incluía o que se entendía como tal. Esta ley, aunque puede parecer -y es lo que pretender sus impulsores- que redefine el concepto de consentimiento sexual, se limita a dar una definición expresa: “*Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona*” (artículo 178.1 CP). Así, el Tribunal Supremo puntualiza con respecto a la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, que “*La fórmula que utiliza hoy el legislador es, pues, una fórmula abierta, y que ya se tomaba en consideración, en términos similares, jurisprudencialmente, para entender concurrente el consentimiento*”<sup>9</sup>; continúa diciendo que, tanto después de esta ley como anteriormente “*el Tribunal sentenciador extrae "en atención a las circunstancias del caso", la existencia o no de consentimiento conforme a los elementos probatorios que "expresen de manera clara la voluntad de la persona"*. Esta puntualización del Tribunal Supremo es importante, ya que promotores de la ley, como el mismo Ministerio de Igualdad, hacen

---

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 523/2023, de 29 de junio

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 196/2023, de 21 de marzo

ver o creer que previamente, todo era consentimiento salvo que fuese manifestado de forma expresa lo contrario: “*El modelo, de solo sí es sí, deja claro que el silencio o la pasividad no necesariamente significa consentimiento; que el no mostrar oposición no puede ser una excusa para actuar en contra de voluntad de la víctima; y eleva el estándar de seguridad dejando claro que a la víctima se la protege cuando no consiente en el acto sexual y no solo cuando muestra claramente su oposición*” (Ministerio de Igualdad, s.f.)<sup>10</sup>.

Por otro lado, el propio tipo penal ya contempla de por sí el empleo de violencia, intimidación o abuso de superioridad, entre otros, como método para perpetrar la agresión sexual, asignando la misma pena abstracta cuando concurren cualquiera de ellos, así como cuando no concurrieren<sup>11</sup>. De esta forma, se elimina la diferencia punitiva entre los delitos de agresión y abuso sexuales, pasando todos a denominarse delitos de agresión sexual. Los medios empleados para cometer la agresión quedaron relegados a su aplicación o, dicho de otra manera, solo se pueden ponderar a la hora de graduar la pena, a través del artículo 66 del Código Penal, relativo a las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena<sup>12</sup>.

A efectos penológicos, antes de esta reforma, no había tanta graduación de penas. Tras ella, se establece de forma general o abstracta penas de prisión de uno a cuatro años para aquellos que hubieran cometido un delito contra la libertad o indemnidad sexual, estableciéndose penas menores a los que han cometido una agresión sexual ‘de menor entidad’. Las penas más elevadas quedaron reservadas para los casos más graves como la violación (art. 179 CP tras la LO 10/2022)<sup>13</sup>, castigada con penas de cuatro a doce años de prisión.

---

<sup>10</sup> Ministerio de Igualdad. (s.f.). El Consejo de Ministros aprueba el proyecto de ley. Recuperado de (<https://www.igualdad.gob.es/comunicacion/notasprensa/el-consejo-de-ministros-aprueba-el-proyecto-de-ley/>)

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 523/2023, de 29 de junio

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 473/2023, de 13 de abril

<sup>13</sup> Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 215, de 7 de septiembre de 2022.

La estructura de la Ley Orgánica 10/2022 incluye un título preliminar, ocho títulos, cinco disposiciones adicionales, una disposición transitoria y veinticinco disposiciones finales.<sup>14</sup>

El título I (artículos 4 a 6) se dedica a la investigación y producción de datos; el título II, a la prevención (artículos 7 a 17) y detección (artículos 18 a 22); el título III, a la formación (artículos 23 a 32); el título IV, al derecho a la asistencia integral especializada y accesible (artículos 33 a 42); el título V, a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (artículos 43 a 46); el título VI, al acceso y obtención de justicia y, en concreto, a las actuaciones fundamentales para la acreditación del delito (artículos 47 y 48) y a la protección, acompañamiento y seguridad de las víctimas (artículos 49 a 51); en el título VII se regula el derecho a la reparación (artículos 52 a 57), y en el título VIII, medidas para la aplicación efectiva de la ley orgánica (artículos 58 a 61).<sup>15</sup>

### **3. Tramo posterior a la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril**

Esta modificación legislativa produjo un gran revuelo social. Por ello, se ha llevado recientemente a cabo una nueva reforma penal a través de la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Esta ley pretende adecuar “*unos marcos punitivos que reflejen normativamente la mayor gravedad de algunas conductas*”<sup>16</sup>. La modificación operada por esta ley es la que está actualmente vigente.

Sin embargo, tal y como explica la exposición de motivos de la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, “*esta reforma solo puede ser de futuro, al haber quedado consolidada la nueva realidad normativa, de manera irreversible, por efecto de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, tanto*

---

<sup>14</sup> Cristina Ruiz López. (2023). Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual [BOE-A-2022-14630]: Aspectos procesales de la ley del «solo sí es sí». *Ars Juris Salmanticensis*, 11(1), 263-266. Recuperado de <https://www.proquest.com/scholarly-journals/ley-orgánica-10-2022-de-6-septiembre-garantía/docview/2912749715/se-2>

<sup>15</sup> Id.

<sup>16</sup> Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 101, de 28 de abril de 2024.



*para los delitos cometidos antes de la entrada en vigor de esa Ley Orgánica como para los que se hayan perpetrado bajo la vigencia de la misma. Esto es una consecuencia del artículo 25 de la Constitución Española y del principio constitucional de la retroactividad de la ley penal más favorable contenido en el artículo 9.3 de dicha Ley Fundamental.”* Es decir, los delitos contra la libertad sexual ejecutados bajo la vigencia de esta ley y los cometidos con anterioridad a ella serán regidos por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

Como se ha mencionado, esta reforma trata de corregir esa laxitud o “bondad” penológica que estableció la Ley Orgánica 10/2022. Así, los apartados primero y segundo del artículo 178 CP se han mantenido, reenumerándose el tercero como cuarto y añadiéndose un tercero. De esta manera, los apartados 3 y 4 rezan actualmente lo siguiente:

*“3. Si la agresión se hubiera cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, su responsable será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión.*

*4. El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no medie violencia o intimidación o que la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad o no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. “*

Así, con esta última reforma el legislador ha tratado de volver a introducir de alguna manera la diferenciación penal que existía anteriormente entre delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos empleando violencia o intimidación o los cometidos sin que medien ninguna de estas. De esta forma, esta nueva ley vuelve a considerar necesario tener en cuenta los medios de comisión (de momento solo la violencia y la intimidación) de la agresión a la hora de establecer la pena.

El problema es que las todas las sentencias dictadas previamente a la Ley Orgánica 10/2022 quedaron afectadas por esta ley y las penas que estas establecían fueron reducidas en la mayoría de los casos.

#### **4. Resumen de los distintos tramos**

Los tres tramos que surgen de las dos reformas penales que tienen incidencia penológica y sus diferencias principales se pueden observar de manera esquemática y visual en la siguiente tabla:

Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril		Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre		Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre	
Supuesto de hecho	Pena	Supuesto de hecho	Pena	Supuesto de hecho	Pena
AG ○ Sin violencia o intimidación ○ Con violencia o intimidación	○ 1-4 años prisión ○ 1-5 años prisión	AG (no diferencia pena según haya mediado o no violencia o intimidación)	1-4 años de prisión	AG (siempre es con violencia o intimidación)	1-5 años de prisión
AG Sin violencia o intimidación + víctima no anulada voluntad + no circunstancias art.180 + razonamiento juez (por menor entidad y circunstancias personales culpable)	OPTATIVO: prisión en mitad inferior / multa de 18-24 meses	AG + no circunstancias art.180 + razonamiento juez (por menor entidad y circunstancias personales culpable)	OPTATIVO: prisión en mitad inferior / multa de 18-24 meses	AB (siempre es sin violencia o intimidación)	1-3 años de prisión / multa de 18-24 meses
AG con violación (acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías)	4-12 años de prisión	AG con violación	4-12 años de prisión	AB con violación	4-10 años de prisión.
AG con violación (a)empleando violencia o intimidación o (b)cuando la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad	6-12 años de prisión			AG con violación	6-12 años de prisión

Fuente: elaboración propia (AG: agresión sexual. AB: abuso sexual)

## CAPÍTULO 4. RETROACTIVIDAD Y CONTROVERSIA

### 1. CONTEXTO SOCIAL

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, entró en vigor el 7 de octubre del año 2022 tras un año de trámites. Fue aprobada en agosto de este mismo año por el congreso de los diputados con 205 votos a favor, 141 en contra y tres abstenciones. El mismo presidente del Gobierno de entonces, Pedro Sánchez, la calificó como ‘una ley de vanguardia’.

La elaboración de esta ley surge de un compromiso que formaba parte del pacto del Gobierno de coalición entre PSOE y Podemos del año 2019, con la oposición del PP y VOX. El documento por el que se llega al acuerdo de formar un Gobierno de coalición incluía entre sus acuerdos “*blindar que solo sí es sí*”. De esta manera, explicaban que en el marco de esta ley reformarían “*la legislación penal para garantizar que el consentimiento de la víctima sea clave en los delitos sexuales, de manera que, si una mujer no dice SÍ, todo lo demás es NO. Es decir, «Solo sí es sí»*”.

De este modo, el nuevo modelo que establece la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, pone en su centro el consentimiento válido de la persona; de ahí, el nombre popular que tomó entre el pueblo español: la ley del ‘solo sí es sí’.

Este nuevo enfoque tiene su origen en las reivindicaciones sociales que surgieron en el año 2019 como consecuencia de las sentencias de varios casos de violaciones múltiples o grupales contra mujeres. El caso más notorio sea probablemente el conocido por el nombre de La Manada o, más bien, su sentencia.

En Pamplona, durante las fiestas de San Fermín, cinco hombres violaron a una chica. Los tribunales -Audiencia Provincial de Navarra y el Tribunal Superior de Justicia de Navarra- consideraron que no había violencia ni intimidación, ya que los miembros no amenazaban a la víctima con ningún mal. Así, calificaron los hechos como abuso sexual continuado y no como agresión sexual<sup>17</sup>, castigada con penas mayores. Sin embargo, la Fiscalía alegaba en su escrito que sí que habría que calificar los hechos como agresión

---

<sup>17</sup> Corral Talciani. (2023, 19 de febrero). El caso La Manada y la ley de ‘solo sí es sí’: Lecciones de España para Chile. Recuperado de <https://corraltalciani.blog/2023/02/19/el-caso-la-manada-y-la-ley-de-solo-si-es-si-lecciones-de-espana-para-chile/>

sexual ya que se había producido intimidación en la forma de intimidación ambiental, concepto típico del robo. Finalmente, el caso acabó llegando al Tribunal Supremo, que sí que lo consideró como agresión sexual.

Este caso fue muy mediático y fue una de las principales causas de la elaboración de la ley del ‘solo sí es sí’, cuya esencia fue fusionar los delitos de abuso sexual y agresión sexual en un único tipo de agresión sexual para que no se volviera a producir la situación en la que una violación grupal de este tipo fuera calificada como abuso y no como agresión sexual por no apreciar violencia o intimidación. En este sentido y en el contexto de aprobación de esta ley, Irene Moreno, la Ministra de la Igualdad en el año 2022, declaró que «Ninguna mujer va a tener que demostrar que hubo violencia o intimidación en una agresión para que sea considerada como agresión. Reconocemos todas las agresiones como violencias machistas».

De hecho, la exposición de motivos de la ley en cuestión pone de manifiesto en varias ocasiones que es una ley principalmente dirigida a proteger a las mujeres en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, con frases como “*El acceso efectivo de las mujeres y las niñas a estos derechos ha sido históricamente obstaculizado por los roles de género establecidos en la sociedad patriarcal...*”, “*En su expresión física y también simbólica, las violencias sexuales constituyen quizá una de las violaciones de derechos humanos más habituales y ocultas de cuantas se cometen en la sociedad española, que afectan de manera específica y desproporcionada a las mujeres y a las niñas, pero también a los niños*” o “*En los últimos años, gracias a las movilizaciones y acciones públicas promovidas por el movimiento feminista...*”<sup>18</sup>, entre muchas otras.

Esta nueva regulación causó alarma social, ya que, al ser aplicada retroactivamente en varios casos por los órganos jurisdiccionales por considerarla estos más favorable a la legislación anterior, provocó rebajas en la pena de muchos reos, así como numerosas excarcelaciones. Tras estos acontecimientos y después de una gran horda de manifestaciones por toda España en contra de esta ley, el PSOE llevó a cabo una Proposición de Ley de reforma con el objetivo de volver a aumentar las penas que la Ley del solo sí es sí había rebajado y, de esta forma, conseguir una mayor protección para la víctima. Esta última ley, la Ley Orgánica 4/2023, fue aprobada en el 27 de abril 2023,

---

<sup>18</sup> Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 215, de 7 de septiembre de 2022. Exposición de motivos.

con los votos a favor del PSOE, PP, PNV y el rechazo de Podemos. Entró finalmente en vigor el 29 de abril de ese mismo año.

## 1. LA RETROACTIVIDAD: CONCEPTO Y FUNDAMENTO.

### 2.1. Concepto

En la evolución y devenir jurídico de las sociedades, las normas, por muy idóneas y adecuadas que fueran en el momento de su promulgación, a medida que transcurre el tiempo, dejan de ser suficientes para regular las nuevas realidades o incluso las mismas situaciones que regulaba inicialmente. Es aquí cuando surge la necesidad de modificarlas o incluso de promulgar unas nuevas normas más convenientes y adaptadas a la sociedad actual. Entonces, surge la colisión entre la Ley antigua y la nueva.

El Tribunal Constitucional explica lo anterior de la siguiente manera: la propia naturaleza del Ordenamiento jurídico hace que este se resista *“a ser congelado en un momento histórico determinado: ordena relaciones de convivencia humana y debe responder a la realidad social de cada momento, como instrumento de progreso y de perfeccionamiento. Normalmente, lo hace así, al establecer relaciones pro futuro”*. Sin embargo, continúa diciendo, que *“difícilmente una norma puede evitar que la regla de futuro incida sobre relaciones jurídicas preexistentes, que constituyen el basamento de las relaciones venideras; y es por ello que, a menudo tales normas deben contener unas cautelas de transitoriedad que reglamentan el ritmo de la sustitución de uno por otro régimen jurídico. La incidencia de la norma nueva sobre relaciones consagradas puede afectar a situaciones agotadas”*.<sup>19</sup>

De esta manera, la retroactividad de la ley surge como una forma de dar respuesta al problema de la sucesión de normas en el tiempo<sup>20</sup> o como lo denomina DE CASTRO «colisión de leyes».

Ya en el derecho romano se pueden encontrar diversos intentos de regular la sucesión de normas en el tiempo, regulando la retroactividad o irretroactividad. Un

---

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 27/1981, de 20 de julio

<sup>20</sup> Tajadura Tejada, J. (2020). Tiempo y Derecho: fundamento y límites de la retroactividad de la ley. *Revista de Derecho Político*, 1(108), 41–70. <https://doi.org/10.5944/rdp.108.2020.27992>

ejemplo de ello es la constitución imperial del 27 de febrero del año 393<sup>21</sup>. En ella, el emperador romano Teodosio I dispuso “*omnia constituta non praeteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam ponunt*”<sup>22</sup>. Esto literalmente significa que “*todo lo establecido no difama el pasado, sino que establece una regla para el futuro*”, lo que quiere decir que la constitución que promulgaba no pretendía modificar lo ya ocurrido o, dicho con otras palabras, no pretendía juzgar de otra manera los hechos pasados, sino que solo se pretendía que afectara a partir del momento de su promulgación en adelante. Así, establece de alguna manera la irretroactividad de la norma constitucional romana.

Según el Diccionario Etimológico Castellano, el adjetivo retroactivo, de origen latino, etimológicamente significa “que actúa sobre lo que ocurrió”<sup>23</sup>. Está formada por los prefijos *retro-* (hacia atrás) y *-actus-* (llevado a cabo) y el sufijo *-ivo* (relación activa o pasiva).<sup>24</sup>

La retroactividad en sentido jurídico se define como aquella “*situación surgida cuando la regulación establecida en una norma o la doctrina sentada en una sentencia se aplica a situaciones surgidas o hechos acontecidos en el pasado*” (Diccionario panhispánico del español jurídico).<sup>25</sup>

En el ordenamiento jurídico español, en cuanto a la retroactividad -o más bien, irretroactividad- se refiere, el apartado tres del artículo 9 de la Constitución Española establece que “*la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*”<sup>26</sup>. Así, en el Ordenamiento jurídico español rige la irretroactividad de las normas con carácter general. Sin embargo, aunque la Constitución no menciona expresamente la posibilidad de la aplicación retroactiva de las normas, tampoco lo

---

<sup>21</sup> Domínguez, M. T. (2019). *La influencia romanista en la incorporación de las reglas y principios jurídicos en los antecedentes y legislación actual de la República Argentina*. En *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo* (Tomo XI, pp. 2389-2408). Recuperado de [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-R-2021-B0238902408](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-B0238902408)

<sup>22</sup> Constitución romana de Teodosio I (C. Th. 1,1,3)

<sup>23</sup> DECEL. (s.f.). En *Diccionario Etimológico Castellano En Línea*. Recuperado de <https://etimologias.dechile.net/>

<sup>24</sup> Id.

<sup>25</sup> Real Academia Española. (s.f.). *Retroactividad*. En *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Recuperado de (<https://dpej.rae.es/contenido/c%C3%B3mo-se-cita>).

<sup>26</sup> Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311

prohíbe<sup>27</sup>. Por ello, rige la retroactividad como excepción cuando estas normas son favorables a la persona afectada por ellas<sup>28</sup>. Se trata de un instituto clásico en el derecho penal: la retroactividad de la ley penal favorable<sup>29</sup>. La retroactividad será inconstitucional sólo cuando se trate de disposiciones sancionadoras no favorables o en la medida que restrinja derechos individuales<sup>30</sup>.

Hay que tener en cuenta que, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 27/1981, de 20 de julio<sup>31</sup>, “*los principios constitucionales [...] que integran el art. 9.3 de la Constitución -legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad- no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho.*” En el ámbito penal, esto se traduce en el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable y como excepción se establece la retroactividad de las leyes penales favorables al reo. En esta línea, el apartado primero del artículo 2 del Código Penal, establece que “*no será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración*” y, por otro lado, el apartado segundo puntualiza que sí “*tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena*”<sup>32</sup>. Así, el artículo 2.2 establece un nivel alto de retroactividad, si bien no el máximo, que alcanzaría además a las sentencias ya ejecutadas<sup>33</sup>.

De esta forma y, en palabras del Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 473/2023, el único límite que habría con respecto a la retroactividad de la ley penal favorable es la prohibición de “*que unos hechos delictivos se enjuicien aplicando la ley vigente en el momento de comisión cuando esa ley ha sido sustituida por otra que contiene una valoración axiológica que mengua el disvalor que se atribuía a esa conducta, atribuyéndole una pena inferior o negando su relevancia penal*”. Fuera de ese límite, el

---

<sup>27</sup> Aspas y Aspas, J. M. (2023, 4 de enero). *Retroactividad de la ley penal favorable*. *Diario del Derecho*. Recuperado de [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1229291](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1229291)

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 473/2023, de 13 de abril y núm. 501/2023, de 23 de junio

<sup>29</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 473/2023, de 13 de abril

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 27/1981, de 20 de julio

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 27/1981, de 20 de julio

<sup>32</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 473/2023, de 13 de abril

legislador goza de libertad, margen y autonomía para regular la retroactividad de la ley penal favorable -ampliándola o limitándola con respecto a la establecida en el art. 2.2- a través de disposiciones transitorias, que prevalecen por su carácter especial con respecto al general del artículo 2.2 CP<sup>34</sup>. Sin embargo, el legislador no acostumbra a establecer ajustes a la retroactividad general en todas las reformas penales, solo en las más significativas, dejando que opere sin más el artículo 2.2 CP.<sup>35</sup>

Este principio de la retroactividad de la norma penal favorable no es exclusivo del ordenamiento jurídico español. De hecho, también tiene aplicación en el derecho internacional, reconociéndose en textos internacionales que forman parte del derecho nacional<sup>36</sup>. Entre ellos, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966<sup>37</sup> expresa que *“Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”* y el artículo 49 la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2010<sup>38</sup> establece que *“si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada esta”*. Estos tratados de los que España forma parte son de aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico (art. 10.2 CE).

## 2.2. Fundamentos

Los conceptos de retroactividad e irretroactividad tienen sus pilares en distintas ideas.

Por un lado, el fundamento básico de irretroactividad se sustenta en la idea de seguridad jurídica. Tal y como explica el Tribunal Constitucional en su sentencia 27/1981, de 20 de julio<sup>39</sup>, la seguridad jurídica es la suma de los principios constitucionales del artículo 9.3 de la Constitución (irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad), *“equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad”*.

---

<sup>34</sup> Id.

<sup>35</sup> Id.

<sup>36</sup> Aspas y Aspas, Op. Cit.

<sup>37</sup> Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>38</sup> Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea (2012). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 27/1981, de 20 de julio



Por otro lado, el fundamento básico de la noción de retroactividad en un Estado constitucional, como es el estado español, descansa sobre la idea de justicia y necesidad (de la pena) y sobre el principio democrático<sup>40</sup> más que sobre la idea de legalidad (a través del art. 2.2. CP) y seguridad jurídica<sup>41</sup>. La argumentación seguida es la siguiente: lo que antes, en una ley anterior, se valoraba de una forma, ahora, en la ley actual, el legislador y por ende, la sociedad en general, lo valora de otra<sup>42</sup> (de esta premisa quedan fuera las leyes temporales<sup>43</sup>). Por lo tanto, no iría paralelo o acorde a la idea de justicia que se continúe castigando a una persona por algo que ya no se considera incorrecto o al menos no tan incorrecto como antaño y, por lo tanto, no es merecedor del mismo reproche. Sin embargo, la retroactividad no es absoluta, tiene su límite en los derechos fundamentales. En definitiva, el fundamento de la retroactividad de la ley coincide con el presupuesto mismo de un Estado Constitucional: el pluralismo político y social. Solo se puede salvaguardar y garantizar el pluralismo si la ley es susceptible de ser modificada y derogada.<sup>44</sup>

En resumen, la retroactividad es una excepción que solo se aplica si sus efectos favorecen al reo. Por ende, la regla general es la irretroactividad, que quedaría relegada principalmente a la irretroactividad de las normas cuyos efectos son desfavorables para el reo, en comparación con los efectos que desplegaba la normativa anterior. Mientras que la retroactividad se fundamenta en la idea de justicia, la irretroactividad de las normas encuentra su razón de ser en la noción de seguridad jurídica.

## 2. RETROACTIVIDAD DE LA LEY 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE

La entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, y sus efectos retroactivos, provocaron una gran polémica entre la sociedad española.

Esta ley sitúa el núcleo de la conducta antijurídica de los delitos contra la libertad sexual en la falta de consentimiento (válido) de la víctima, independientemente de los medios comisivos a través de los cuales se haya ejecutado la agresión sexual. Estos medios incluyen, entre otros, la violencia, intimidación, abuso de una situación de

---

<sup>40</sup> Tajadura Tejada, J. (2020). Tiempo y Derecho: fundamento y límites de la retroactividad de la ley. *Revista de Derecho Político*, 1(108), 41–70. Recuperado de <https://doi.org/10.5944/rdp.108.2020.27992>

<sup>41</sup> Aspas y Aspas, Op. Cit.

<sup>42</sup> Id.

<sup>43</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 473/2023, de 13 de abril

<sup>44</sup> Id.

superioridad, vulnerabilidad de la víctima o cuando el delito se cometa sobre personas que se hallen privadas de sentido, de cuya situación mental se abusare o cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad<sup>45</sup>. De esta manera, la ley establece un mismo marco punitivo para este delito, con indiferencia del medio de comisión a través del cual se haya perpetrado.<sup>46</sup>

Con la modificación del capítulo referente a los delitos contra la libertad sexual introducida por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, paralelamente a la reforma de los tipos penales, se modificaron también sus penas asociadas. De esta forma, se establecieron, en muchos casos, unas penas concretas más beneficiosas para los reos condenados por estos delitos que las que había antes de dicha reforma. Por otro lado, la aplicación práctica del principio de retroactividad de la ley penal favorable (artículo 2.2 CP), trajo como consecuencia que la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre desplegara sus efectos de forma retroactiva en tiempo en aquellos casos en los que el reo era beneficiado por ello. De esta manera, existen dos presupuestos: por un lado, la entrada en vigencia de una nueva ley que deroga la anterior y, por otro lado, esta nueva ley estableció, en muchos casos -aunque no todos-, unas penas más favorables al reo en comparación con las penas que emanaban de la legislación anterior. Como resultado, los efectos de esta ley se desplegaron de forma retroactiva en el tiempo para estos casos.

Esta retroactividad de la norma tuvo una serie de consecuencias en la práctica. Por una parte, afectó a sentencias ya dictadas y en ejecución o pendientes de ejecutar y, por otra parte, a hechos cometidos bajo la ley anterior, pero pendientes de juzgar ya entrada en vigor la nueva legislación. Así, afectó a muchas de las sentencias condenatorias ya dictadas que guardaban relación con el Título VIII del Código Penal, dando lugar a una reducción notoria de las penas impuestas anteriormente por la comisión de delitos contra la libertad sexual.

En resumen, con la Ley 10/2022 se produjo la fusión de dos figuras delictivas existentes hasta entonces<sup>47</sup>, unificándose los tipos penales de abuso sexual y agresión

---

<sup>45</sup> Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 215, de 7 de septiembre de 2022.

<sup>46</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 523/2023, de 29 de junio

<sup>47</sup> García Sánchez, B. (2023). La nueva concepción de la libertad sexual en la ley del “Solo Si es Sí” y su problemática aplicación retroactiva. *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º 30. Recuperado de <https://www.proquest.com/openview/2f160913bb3c08ff7a85e98d8c06478c/1?pq-origsite=gscholar&cbl=1596355>

sexual en un único tipo -de agresión sexual- y cambiando los rangos penológicos. Esta nueva ley establecía un rango más amplio de penas, con mínimos más bajos en algunos supuestos. En virtud del principio de retroactividad de las disposiciones penales favorables, los reos tienen el derecho a que su pena se adapte a la nueva ley si esta les resulta más favorable. Esto generó que algunos condenados por delitos contra la libertad sexual consiguieran rebajas automáticas en sus penas al aplicarse la nueva ley.

### 3. DISPOSICIONES TRANSITORIAS O SU AUSENCIA

Uno de los problemas de esta ley es la ausencia de disposiciones transitorias que regulen el paso de la antigua norma a la nueva norma penal<sup>48</sup>.

El derecho transitorio, tal y como su propio nombre indica, tiene como fin regular el “tránsito” de un escenario jurídico a otro<sup>49</sup> o el paso de una norma a otra que regula la misma materia. Trata de aclarar la eficacia de la nueva norma sobre hechos ocurridos en vigencia de la norma anterior, muchos de ellos ya enjuiciados bajo ella y, de esta manera, evitar las situaciones de incertidumbre legal que pueda suscitar este tránsito. Su vigencia es temporal; una vez llevado a cabo el tránsito, dejan de estar vigentes.<sup>50</sup> De hecho, el Tribunal Supremo menciona en varias de sus sentencias (Sentencia núm. 473/2023, Sentencia núm. 523/2023), así como la Fiscalía General del Estado (Circular 1/2023 de la Fiscalía General del Estado), que las disposiciones transitorias pueden entenderse como la verdadera interpretación del artículo 2.2 del Código Penal aplicado a la regulación concreta que las contiene.

Con respecto a las disposiciones transitorias, la L.O. 10/2022, la única disposición transitoria que contiene no aborda particularmente este tema, limitándose a indicar que *“en los procesos sobre hechos contemplados en la presente ley orgánica que se encuentren en tramitación a su entrada en vigor, los juzgados o tribunales que los estén conociendo podrán adoptar las medidas previstas en el Capítulo II del Título VI.”* De esta ausencia normativa el Tribunal Supremo se hace eco y manifiesta su inconformidad

---

<sup>48</sup> Álvarez García, F. J. (2023). Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-r3, 1-28. Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/25/recpc25-r3.pdf>

<sup>49</sup> Id.

<sup>50</sup> Castán Tobeñas, J. (1943), *Derecho civil español, común y foral*. Obra ajustada al programa para las oposiciones a notarias determinadas. Tomo Primero. Parte general, 6ª ed. revisada, Madrid.

con ella en diversas sentencias, como la Sentencia núm. 473/2023, en la que no deja de puntualizar que *“ciertamente, una vez más, el legislador ha omitido toda mención a la impugnabilidad de las resoluciones dictadas revisando pronunciamientos condenatorios por aplicación de una nueva legislación en sus aspectos más beneficiosos”*.<sup>51</sup>

Este error fue tratado de suplir por los impulsores o, más bien, impulsoras de la ley -el Ministerio de Igualdad- invocando las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobó el nuevo Código Penal; se trata de las disposiciones transitorias que acompañaban al Código Penal de 1995.<sup>52</sup> Sin embargo, tal y como se ha explicado y como explica también el Tribunal Supremo<sup>53</sup>, la vigencia de estas normas de derecho transitorio finalizó cuando se produjo el tránsito del antiguo Código Penal al nuevo, por lo que, aunque no estén formalmente derogadas, no tienen ningún tipo de eficacia actualmente.

Además, el Ministerio Fiscal por su parte también ha tratado de invocar la Disposición Transitoria 5ª del CP de 1995 en varias ocasiones. Esta disposición establece que *“en las penas privativas de libertad no se considerará más favorable este Código cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo al nuevo Código”*. Esta disposición, como se puede ver, es limitativa del alcance general del artículo 2.2 CP, por lo tanto, su aplicación perjudicaría al reo. De esta manera, supondría una aplicación extensiva *in mala partem*, que no está permitida en el derecho penal español, por lo tanto, a falta de previsión expresa en esta reforma legislativa, su aplicación no tendría cabida.<sup>54</sup>

Sin embargo, las disposiciones transitorias del Código Penal de 1995 no han perdido todo valor; sí que pueden servir de inspiración a la hora de interpretar lo relativo a la retroactividad de una ley o la transición de una ley a otra, en caso de que esta carezca de ellas. Así, el Tribunal Supremo se inspira en estas disposiciones transitorias del 95 a la hora de tratar la retroactividad de la Ley 10/2022, de 6 de septiembre en sus sentencias.

55 .

---

<sup>51</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 473/2023, de 13 de abril

<sup>52</sup> Álvarez García, Op. Cit.

<sup>53</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 473/2023, de 13 de abril

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 529/2023, de 29 de junio

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 473/2023, de 13 de abril

Entonces, sabiendo ya que no se pueden aplicar las disposiciones transitorias de leyes anteriores, incluidas las del CP de 1995, en los casos de leyes que carecen de disposiciones transitorias que traten la revisión de sentencias firmes, se aplica directamente el artículo 2.2 Código Penal.<sup>56</sup>

## **CAPÍTULO 5. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

### **1. INTRODUCCIÓN**

Seguidamente después de la entrada en vigor de la ley del ‘solo sí es sí’, comenzaron las primeras rebajas de penas que hoy, según los datos del Consejo General del Poder Judicial, ascienden ya a más de 1.200. En este contexto de rebajas masivas de penas, el Tribunal Supremo escogió 29 recursos para analizarlos en conjunto. El supremo rechazó la reducción penológica en 20 de ellas, mientras que en las nueve restantes aceptó esta rebaja.

De esta forma, el Tribunal Supremo, en concreto la Sala de lo penal, en Pleno, se pronunció sobre la revisión de sentencias firmes con ocasión de la modificación operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. Su objetivo fue proporcionar un “*criterio uniforme, bien meditado y lo más fundado posible*”<sup>57</sup> para clarificar las distintas soluciones o tesis que ya se venían ofreciendo por los tribunales ordinarios, que el tribunal califica como revestidas de argumentos serios y no voluntaristas, y con vocación de fijar las orientaciones para la resolución de situaciones parecidas que se puedan dar en el futuro y, de esta manera, inspirar la labor de todos los tribunales.<sup>58</sup> En este sentido, el Tribunal Supremo avoca al principio de igualdad en el marco de su función nomofiláctica. En el ejercicio de esta función, el Tribunal Supremo debe contribuir a establecer el espíritu, propósito y razón de la norma, de tal forma que no se pueda menoscabar su sentido e interpretación, lo que permite reforzar la seguridad jurídica que se tiene en el contexto de un ordenamiento jurídico.<sup>59</sup>

Previamente el Tribunal Supremo aclaró la cuestión de la retroactividad de la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, estableciendo que, en defecto de disposiciones transitorias,

---

<sup>56</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 501/2023, de 23 de junio

<sup>57</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 473/2023, de 13 de abril

<sup>58</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 473/2023, de 13 de abril

<sup>59</sup> Faggioli, Alizia; Fuentes, Marily Rafaela; Castellanos, Pedro Enrique. La función nomofiláctica como mecanismo de unificación en la interpretación del derecho. Revista CES Derecho. Vol. 10, No. 2, julio – diciembre de 2019, 591-604.

se aplicaría el artículo 2.2 del Código Penal. De esta manera, se aplicaría la ley más favorable entre la nueva y la antigua, en los casos de sentencias en ejecución o pendientes de ejecutar dictadas bajo la legislación anterior y en los supuestos de hechos que ocurrieron bajo la legislación anterior pendientes de ejecución. La cuestión siguiente a la que el Tribunal Supremo se enfrentaba era determinar cuál era la ley más favorable.

## 2. DETERMINACIÓN DE LA LEY MÁS FAVORABLE

Para realizar esta labor, es necesario acudir al caso concreto y estudiar cuál es ahí la legislación más favorable; es decir, no hay que analizar en global cada regulación y establecer cuál es más favorable en conjunto, si no acudir al caso específico del que se trate y ver qué ley aplicada a ese caso tiene unos efectos más favorables al reo. Así, el Tribunal Supremo explica de forma muy clara que hay que “*decidir, caso a caso, si la nueva legislación es en concreto -no en abstracto- más favorable*”<sup>60</sup> y, de esta forma, estudiar qué pena concreta beneficia más al reo, la que emana de aplicar la nueva legislación o la que es consecuencia de la anterior.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que esto no implica, con carácter general, que el tribunal que conoce del recurso tenga que realizar un nuevo juicio o valoración o, en palabras del Tribunal Supremo, un “*segundo enjuiciamiento*”<sup>61</sup> del hecho delictivo, sino que se calculará la pena conforme a la nueva regulación en base a los hechos ya declarados firmes en la sentencia anterior, sin que se puedan reevaluar. Se trata de un juicio concreto, pero estrictamente normativo.<sup>62</sup>

Una vez determinada la legislación más favorable, su aplicación ha de ser total, completa y no fragmentaria o parcial, es decir, no se puede agregar lo más beneficioso de la legislación anterior con lo más beneficio de la legislación nueva<sup>63</sup>.

## 3. SUPUESTOS

Determinada la ley penal más favorable, se tratará una serie de supuestos discutidos por el Tribunal Supremo, en los que este termina sentando los criterios sobre cómo proceder en cada uno en cuanto a la reducción de la pena.

---

<sup>60</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 473/2023, de 13 de abril

<sup>61</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 523/2023, de 29 de junio

<sup>62</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 523/2023, de 29 de junio

<sup>63</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 930/2022, de 30 de noviembre

### **3.1. Supuesto A. Casos en los que se impuso la pena mínima de prisión bajo la ley anterior (STS 523/2023).**

El modelo que emana de la nueva legislación establece que la existencia de violencia o intimidación (o cualquiera de los otros medios de comisión del delito del artículo 178.2 CP) por sí solas no implican necesariamente una conducta más grave que se merezca sancionar más gravemente que si no concurrieran, lo clave es el consentimiento válido. Por ello, aun concurriendo estos métodos de cometer el delito de agresión sexual, cabría la posibilidad de imponer la pena mínima. Si se considerare que la existencia de alguna de estas es motivo suficiente para no imponer la pena mínima, se estaría contradiciendo el espíritu de la ley, ya que el legislador consideró en su momento que el eje central era el consentimiento.

Como inciso, el art 178. 2 CP establece que *“se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.”*

Al individualizar la pena se acudirá a las reglas contenidas en los artículos 61 y siguientes del Código Penal. Cabe mencionar especialmente al artículo 66, que trata sobre las distintas reglas a aplicar en función de si concurren (o cuántos concurren) atenuantes o agravantes. En concreto, el artículo 66.1.6ª CP reza que *“cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”*. A la hora de determinar la gravedad del hecho, una de las circunstancias que deberá ponderarse será, no la existencia, sino la intensidad de la violencia o intimidación empleada en la comisión del delito.

Sin embargo, en las sentencias firmes ahora recurridas ya se efectuó un juicio de individualización.

En lo que se refiere a las competencias de un tribunal de casación, tal y como ha repetido el Tribunal Supremo en muchas de sus sentencias (entre las más recientes figura el auto número 339/2023, de 27 de abril; o las sentencias números 927/2022, de 30 de noviembre, 415/2022, de 28 de abril; o 12/2023, de 19 de enero), la individualización de la pena corresponde al tribunal de instancia y solo puede ser revisada en el caso de que haya empleado unos criterios manifiestamente arbitrarios o alejados de la legalidad o que sea inmotivada<sup>64</sup>. Un tribunal que conoce de un recurso de casación no puede cuestionar la discrecionalidad del tribunal anterior siempre y cuando los criterios empleados hubieran sido razonables, es decir, *“no es factible neutralizar o privar de eficacia las decisiones razonadas y razonables en esta materia del Tribunal de instancia, aunque puedan existir muchas otras igualmente razonables y legales”*<sup>65</sup> (entre otras, STS 28/2007, de 12 de febrero y STS 578/2012, de 26 de junio).

En el juicio de individualización ya realizado por las audiencias provinciales, estas impusieron la pena en el mínimo legal al valorar que no había motivo suficiente para imponer una pena más alta. La intensidad de la violencia intimidación no solo se toma en cuenta ahora con la nueva ley a la hora de realizar el ejercicio de individualización de la pena, sino que anteriormente también se debía de tomar en cuenta para ello<sup>66</sup>, independientemente de que la existencia de violencia o intimidación formara parte del tipo penal básico. Por ello, si anteriormente, aun teniendo en cuenta la intensidad de la violencia o intimidación, así como otros posibles elementos graves, el tribunal de instancia no consideró oportuno imponer una pena superior al mínimo legalmente previsto, ahora no se puede reevaluar esa intensidad y argumentar un incremento de pena sobre el mínimo previsto en la L.O. 10/2022 en base a ella. Si el tribunal de instancia sí hubiera considerado la intensidad de la violencia o intimidación como suficiente para imponer una pena superior al mínimo legal del antiguo delito de agresión sexual (con violencia o intimidación), entonces sí que se tendría que haber teniendo en cuenta con la legislación vigente para no imponer como pena el mínimo legal. En este sentido, como el nuevo precepto describe conductas de diferente gravedad (violentas y no violentas, con intimidación y sin intimidación, etc.) y asocia a todas ellas una misma pena, es lógico

---

<sup>64</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 523/2023, de 29 de junio

<sup>65</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 578/2012, de 26 de junio y 28/2007, de 12 de febrero

<sup>66</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 523/2023, de 29 de junio



reservar los mínimos para los hechos más leves y los máximos para las conductas más graves<sup>67</sup>.

En conclusión, la doctrina que instaura el Tribunal Supremo en esta sentencia es en relación con las sentencias que imponían las penas mínimas por los anteriores delitos de agresiones sexuales, en los que había mediado violencia o intimidación. Si la intensidad, que no la existencia, de esos medios comisivos no fueron tenidas en cuenta anteriormente para elevar la pena por encima del mínimo legal, ahora tampoco puede servir para ello. El resultado, es que en estos casos en los que se había impuesto una pena mínima bajo la legislación anterior, ahora tiene que rebajarse la pena a la nueva pena mínima prevista en la nueva legislación.

### **3.2. Supuesto B. El tribunal de instancia impuso una pena concreta teniendo en cuenta un determinado agravante que, con la nueva legislación, ha sido incluido dentro de un subtipo penal como parte de este (STS 529/2023).**

Este caso se entiende mejor explicando la sentencia núm. 529/2023 del Tribunal Supremo<sup>68</sup>. Esta sentencia versa sobre la revisión de la sentencia en la que se había impuesto, entre otras, una pena de prisión de 6 años y 1 día al autor de un delito de agresión sexual con penetración del artículo 179 del Código Penal, en su redacción dada por la L.O. 15/2003, en el que además concurría la circunstancia agravante de parentesco del artículo 23 y las circunstancias atenuantes de embriaguez y de dilaciones indebidas. El artículo 179 de la anterior legislación preveía una pena de prisión de 6 a 12 años para los delitos del 179. Por otro lado, el tribunal, atendiendo al artículo 66.1. 7.<sup>a</sup> CP que dispone que cuando concurren atenuantes y agravantes, se valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena, impuso la pena típica en su mitad inferior. Finalmente, la pena se acabó concretando en prisión de 6 años y 1 día (además de las accesorias que no son relevantes en la explicación).

Tras la modificación de la L.O. 10/2022, la circunstancia de parentesco que había servido previamente como agravante por el artículo 23 pasó a estar incluida dentro de un subtipo penal agravado, el del artículo 180.1.4º. De esta forma, para el delito de violación (artículo 179 tras la redacción de la L.O. 10/2022) en el que además concurriera la circunstancia de parentesco en la que la víctima fuera o hubiera sido esposa del agresor,

---

<sup>67</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 523/2023, de 29 de junio

<sup>68</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 529/2023, de 29 de junio

se impuso una pena de prisión de 7 a 15 años. Esta circunstancia de parentesco, al pasar a estar incluida dentro de un tipo penal y, por lo tanto, en base al principio de especialidad y al principio de *non bis in idem*, no puede además tenerse en cuenta para considerar que concurre la circunstancia mixta de parentesco -en este caso agravante- del artículo 23.

Así, previamente, para establecer la pena concreta de estos delitos, había que tener en cuenta el artículo 179 (violación castigada con pena de prisión de 6 a 12 años) y el artículo 66.1.7ª (el tribunal, tras valorar, impuso la pena en su mitad inferior por una circunstancia agravante -mixta de parentesco del artículo 23- y dos circunstancias atenuantes); el tribunal de instancia decidió imponer la pena de 6 años y 1 día de prisión. Sin embargo, posteriormente, había que tener en cuenta el artículo 180 (violación en la que la víctima es o ha sido esposa del agresor castigada con pena de prisión de 7 a 15 años) y el artículo 66.1.2º. (pena inferior en 1 o 2 grados por dos circunstancias atenuantes -y ninguna agravante-); el rango de la pena a imponer va desde 3 años y 6 meses de prisión, a 5 años, 11 meses y 29 días, resultando inalcanzable la pena de 6 años y 1 día de privación de libertad impuesta en su día. La pena que finalmente se impuso fue la de prisión de 3 años, 6 meses y 1 día.

En conclusión, una circunstancia que antes se tenía en cuenta como circunstancia agravante de un tipo penal ahora ha pasado a estar incluida dentro de un subtipo penal agravado con una penalidad diferente. Esta circunstancia ya no puede tenerse en cuenta para agravar la pena vía circunstancia modificativa -agravante-, lo que lleva a que la pena acabe disminuyendo.

## **CAPÍTULO 6. CONCLUSIONES**

### Primero.

Con anterioridad a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, el Título VIII del Código Penal, de los delitos contra la libertad sexual, estaba conformado por dos tipos principales: de abuso y de agresión sexual. En el segundo, el atentado contra la libertad sexual tenía que cometerse empleando violencia o intimidación como elementos fundamentales para completar este tipo penal; al contrario que en el primero, que se definía como el atentado contra la libertad sexual sin emplear violencia o intimidación. Por razones de gravedad, la agresión sexual tenía un límite máximo superior en la pena de prisión que el abuso (de uno a cinco en la agresión y de uno a tres en el abuso), y en el abuso incluso el juez podía optar entre prisión o multa.

La Ley Orgánica 10/2022 subsumió el tipo de abuso sexual en el de agresión, pasando así a existir únicamente este último tipo penal, que incluía tanto los atentados contra la libertad sexual ejecutados haciendo uso de violencia o intimidación, como en los que no se había hecho uso de violencia o intimidación como medio comisivo. Además, se ampliaron los rangos penológicos con respecto al abuso y se redujeron con respecto a la agresión (de uno a cuatro años de prisión). De esta forma, la ley establece un mismo marco punitivo para este delito, con indiferencia del medio de comisión a través del cual se haya perpetrado.

Con respecto a la violación, se redujo el mínimo de prisión cuando era cometida empleando violencia o intimidación. Así, en la anterior legislación, el abuso sexual con violación estaba castigado con prisión de 4 a 10 años y la agresión con violación con prisión de 6 a 12 años. Con la nueva legislación, la agresión sexual con violación pasó a estar penada con prisión de 4 a 12 años.

Tras la gran polémica que causó la aplicación retroactiva de esta ley dando lugar a numerosas excarcelaciones y aún más cantidad de rebajas de condena, se aprobó la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril. Esta ley, entre otras, volvía a aumentar el límite máximo de prisión por agresión sexual a cinco años en el caso de que esta se hubiera cometido empleando violencia o intimidación (o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad); si no se hacía uso de ninguna de estas como medios para cometer el delito, su responsable continuaría siendo castigado con prisión de uno a cuatro años. Así, también en el caso de que la violación fuera cometida empleando violencia intimidación se especificó una pena diferente, con un límite mínimo superior que para el que caso de que no mediara violencia o intimidación (de 6 a 12 años de prisión si la había y de 4 a 12 si no).

### Segundo.

En cuanto a la retroactividad en derecho penal, el artículo 9.3 de la Constitución establece la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales y el artículo 2.2 del Código Penal establece la retroactividad de las leyes penales favorables al reo, aunque al entrar en vigor hubieran caído en sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. Rige así la retroactividad de la ley penal favorable al reo y la irretroactividad de la ley penal desfavorable. Las disposiciones transitorias, como normas más especiales que el Código Penal, pueden modular esta

retroactividad, ampliándola o limitándola; sin embargo, las leyes no suelen emplearlas y acaba operando el artículo 2.2 del Código Penal sin más. Este es el caso de la Ley Orgánica 10/2022.

Aunque se plantearon por varias partes, como el Ministerio Fiscal o el Ministerio de Igualdad, la aplicación de las disposiciones transitorias del Código Penal de 1995, el Tribunal Supremo aclaró que estas disposiciones no tienen eficacia actual, ya que su vigencia finalizó cuando se produjo el tránsito del antiguo Código Penal al nuevo.

### Tercero.

La controversia alrededor de esta ley surgió por su aplicación retroactiva a varios casos de delitos contra la libertad sexual. Afectó a muchas sentencias condenatorias ya dictadas relacionadas con el Título VIII del Código Penal, dando lugar a una reducción de las penas impuestas anteriormente. En algunos casos se produjeron excarcelaciones.

### Cuarto.

El Tribunal Supremo vio la necesidad de pronunciarse sobre la revisión de sentencias firmes con ocasión de la modificación operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. Para ello, escogió una serie de sentencias. El objetivo era unificar y fijar los criterios a seguir por los tribunales ordinarios a la hora de determinar cuándo llevar a cabo una reducción penológica y, en caso de que llevarla a cabo, cómo hacerlo o hasta dónde reducir la pena.

Primero, se habría de determinar la ley penal más favorable. Esta ley, es la más beneficiosa para el reo a efectos de pena en concreto, no en abstracto, es decir, hay que estudiar la pena concreta que surge de aplicar la nueva y la antigua legislación. Todo esto sin que los tribunales puedan realizar una nueva valoración de los hechos, limitándose a un juicio estrictamente normativo.

Para determinar la pena concreta con la nueva legislación, el supremo analizó una serie de casos de revisiones de sentencias firmes, de los que se pueden extraer varias conclusiones. Por un lado, el atentado contra la libertad sexual cometido empleando violencia o intimidación puede ser castigado con la pena mínima del nuevo artículo 178 porque este precepto las incluye en el tipo penal de la agresión, aunque no como

elementos esenciales. Habrá que estudiar la intensidad la violencia o intimidación para aumentar la pena a través de agravantes (artículo 66 CP). Sin embargo, en el caso de revisión de sentencias firmes, si el tribunal impuso en su caso la pena mínima de prisión por agresión, ahora también debería mantenerse la mínima pena, aunque sea menor que el mínimo anterior, ya que antes la violencia o intimidación también eran elementos del tipo y el tribunal decidió no aumentarla vía agravante.

Por otro lado, en el caso de que una circunstancia agravante haya pasado a formar parte de un subtipo penal agravado, en la revisión de sentencias esta ya no puede tenerse en cuenta a efectos de agravar la pena vía circunstancia agravante. Esto acaba dando lugar a una reducción de pena.

#### Quinto.

La Ley 10/2022, de 6 de septiembre, o ley del ‘solo sí es sí’ ha causado en la práctica un efecto indeseado e incluso opuesto al que se pretendía con ella, que era al final castigar más duramente los atentados contra la libertad sexual. Aparte de este efecto negativo, esta ley no ha tenido ningún otro tipo de consecuencia en la práctica. La Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, corrige los errores de la ley del ‘solo sí es sí’, volviendo en su mayor parte a la legislación de la que se partía en un primer momento.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### 1. LEGISLACIÓN

Constitución romana de Teodosio I (C. Th. 1,1,3)

Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea (2012). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 215, de 7 de septiembre de 2022.

Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. Boletín Oficial del Estado núm. 81, de 5 de abril de 2023.

Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 101, de 28 de abril de 2024.

## 2. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 27/1981, de 20 de julio

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 930/2022, de 30 de noviembre

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 196/2023, de 21 de marzo

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 473/2023, de 13 de abril

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 501/2023, de 23 de junio

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 578/2012, de 26 de junio

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 523/2023, de 29 de junio

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 529/2023, de 29 de junio

## 3. OBRAS DOCTRINALES

Álvarez García, F. J. (2023). Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-r3, 1-28. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-r3.pdf>

Castán Tobeñas, J. (1943), *Derecho civil español, común y foral*. Obra ajustada al programa para las oposiciones a notarias determinadas. Tomo Primero. Parte general, 6ª ed. revisada, Madrid.

Cristina Ruiz López. (2023). Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual [BOE-A-2022-14630]: Aspectos procesales de la ley del «solo sí es sí». *Ars Iuris Salmanticensis*, 11(1), 263-266. Recuperado de

<https://www.proquest.com/scholarly-journals/ley-orgánica-10-2022-de-6-septiembre-garantía/docview/2912749715/se-2>

Domínguez, M. T. (2019). *La influencia romanista en la incorporación de las reglas y principios jurídicos en los antecedentes y legislación actual de la República Argentina*. En *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo* (Tomo XI, pp. 2389-2408).

Recuperado de

[https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-R-2021-B0238902408](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-B0238902408)

García Sánchez, B. (2023). La nueva concepción de la libertad sexual en la ley del “Solo Sí es Sí” y su problemática aplicación retroactiva. UNED. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.<sup>a</sup> Época, n.º 30. Recuperado de

<https://www.proquest.com/openview/2f160913bb3c08ff7a85e98d8c06478c/1?pq-origsite=gscholar&cbl=1596355>

Goenaga Olaizola, R. (1997). Delitos contra la libertad sexual. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 1(2), 45-62. Recuperado de [05-delitos-contra-libertad-sexual.pdf \(ehu.eus\)](#)

Morales Prats, García Albero. (1996). *Comentarios al Código Penal*. Ed. Aranzadi, 872.

Tajadura Tejada, J. (2020). Tiempo y Derecho: fundamento y límites de la retroactividad de la ley. *Revista de Derecho Político*, 1(108), 41–70. Recuperado de

<https://doi.org/10.5944/rdp.108.2020.27992>

#### 4. RECURSOS DE INTERNET

Aspas y Aspas, J. M. (2023, 4 de enero). Retroactividad de la ley penal favorable.

*Diario del Derecho*. Recuperado de

[https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1229291](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1229291)

Corral Talciani. (2023, 19 de febrero). El caso La Manada y la ley de ‘solo sí es sí’:

Lecciones de España para Chile. Recuperado de

<https://corraltalciani.blog/2023/02/19/el-caso-la-manada-y-la-ley-de-solo-si-es-si-lecciones-de-espana-para-chile/>

DECEL. (s.f.). En *Diccionario Etimológico Castellano En Línea*. Recuperado de

<https://etimologias.dechile.net/>

Faggioli, Alizia; Fuentes, Marily Rafaela; Castellanos, Pedro Enrique. La función nomofiláctica como mecanismo de unificación en la interpretación del derecho. Revista CES Derecho. Vol. 10, No. 2, julio – diciembre de 2019, 591-604.

Ministerio de Igualdad. (s.f.). El Consejo de Ministros aprueba el proyecto de ley. Recuperado de <https://www.igualdad.gob.es/comunicacion/notasprensa/el-consejo-de-ministros-aprueba-el-proyecto-de-ley/>